

POR

DON FRANCISCO ANDRES SOLER DE LOS COBOS Dominguez y Zanoguera.

EN EL PLEYTO

CON

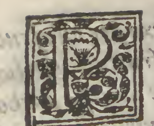
DOÑA MARIA DE LOS COBOS SV HERMANA,

y Doña Mariana de los Cobos su tia, y Don Fernando Pando su marido, y Don Manuel Pando y de los Cobos su hijo.

SOBRE

La pertenencia, y propriedad del Fideicomisso, y Vinculo, que fundò Andrès Solèr, vezino de la Ciudad de Orihuela.



1 Ara que se pueda tener presente la dificultad de este pleyto, es necessario hazer recopilacion del Hecho. Andres Solèr, vezino de dicha Ciudad de Orihuela, en el testamento que otorgò ante Pedro Tristàn, Notario della, en 18. de Mayo de 1590. fundò de sus bienes vn Fideicomisso perpetuo; y por no tener hijos, dexò el vsufructo de todos sus bienes à Doña Beatriz Vich su muger; y despues de su muerte, à Doña Geronima Solèr su hermana, casada con Don Juan de Zanoguera: y en caso de tener la susodicha dos hijos, y el primogenito la Casa, y molino de Zanoguera, le dexò à este 4U600. libras, moneda de Valencia, que tenia cargadas sobre ella, para que èl, y su descendencia vsufructuassen este censal. Y en este caso dexò por heredero de todos sus bienes al hijo segundo de la dicha Doña Geronima, para que los goze por los dias de su vida; y despues, *Vengan al hijo mayor de aquel, y assi se siga en la sucession de aquel, in perpetuum, en los hijos de aquel varones: y si aquel no tuviesse hijos varones, en dicho caso* (dize) *quiero, y mando, que mis bienes, y herencia vengan al hijo tercero varon de dicha mi hermana, para que los vsufructue todos los dias de su vida: Y despues de los dias de aquel, dichos bienes, y herencia vengan al hijo mayor de aquel; y assi se siga en la sucession de aquel, in perpetuum, en los hijos de aquel varones, guardando en todo tiempo el orden de mayoria.* Pero si el hijo segundo tuviesse hijas, y no hijos varones, dispone, que el tercero sucessor destos bienes dè à la hija mayor de su hermano 3U. libras, moneda de Valencia: y este orden quiere se observe en todos tiempos, y que sucedan varones; y que el que fuesse heredero, dè 3U. libras, à la hija mayor del antecessor, que por no tener descendientes varones, passò en èl la sucession.

2 Esto es lo que quiso, y dispuso, teniendo su hermana Doña Geronima dos, tres, ò mas hijos varones: pero en caso de no tener varones, sino hembras, instituyò por su heredera à la hija segunda; y à la primera dexò el censal de las 4U600. libras, y à sus descendientes, como al hijo primogenito; y prosigue diziendo: *Y si caso fuesse que faltasse sucession, y descendencia de aquella, en tal caso dichas 4U600. libras buelvan, y vayan à la dicha hija segunda de mi hermana, heredera mia;*

à la qual dicha hija segunda de mi hermana dexo por vsufructuaria de mis bienes, y herencia, para que vsufructue aquellos todos los dias de su vida: y despues de los dias de aquella, dichos bienes, y herencia vengan al hijo mayor de aquella; y assi se siga en la sucession de aquella, in perpetuum, en los hijos varones de aquella, guardando en todo tiempo el orden de mayoria. Y si aquella no tuviere hijos varones, en tal caso dicha herencia sea de la tercera hija de mi hermana, en la forma, y manera que son los hijos varones de dicha mi hermana, guardando en todo tiempo el orden de mayoria; de tal manera, que la sucession de mis bienes, y herencia vaya à los varones, auiendo varones; y si no, en las mugeres en todo tiempo, guardando en todo tiempo el orden de mayoria; de tal manera, que in perpetuum estè vinculada mi hazienda, como assi sea mi voluntad.

3 En lo restante del testamento diò providencia à otro caso, que es, que si el hijo mayor de su hermana, que considerava posseedor del Vinculo de Zanoguera, muriesse sin descendientes, y fuesse preciso que su hermano, hijo segundo, sucediesse en èl, en tal caso dispuso, que el hijo tercero fuesse su heredero, con las condiciones, y gravamenes impuestas al segundo: y mandò, que el posseedor deste Fideicomisso se nombrasse Andrès Solèr; y que si la dicha su hermana muriesse sin sucession, la dexò sus bienes, para que dispusiesse dellos à su voluntad; pero que no los pudiesse dexar à los Zanogueras.

4 En el codicilo que otorgò el mismo Testador ante el mismo Notario en 29. de Agosto de dicho año de 590. diò providencia à otros dos casos: El primero, no teniendo su hermana mas que vn hijo varon, ò vna hija hembra, dize: *Quiero, y es mi voluntad, que dado caso que la Ilustre Doña Geronima Solèr, hermana mia, no tenga sino vn hijo, aquel tal sea heredero de mis bienes, y herencia, con las condiciones expressadas en dicho testamento: y dado caso que la dicha mi hermana no tuviesse hijo varon, y tuviesse vna hija sola, aquella tal sea heredera de mis bienes, y herencia, con las condiciones en dicho testamento puestas.*

5 El segundo fue, que en caso de tener su hermana dos hijos, ù dos hijas, no avia dado derecho de eleccion al primogenito entre los dos Vinculos de Zanoguera, y Solèr; y assi, en

en este codicilo dixo, que si el hijo mayor quisiesse escoger este Vinculo de Solèr, sucediesse su hermano segundo en el de Zanoguera, con el censal de 4U600. libras; y en caso de no dexar descendientes la dicha su hermana, aunque la avia dexado facultad de disponer à su voluntad, excepto à los Zanogueras, limitò aqui esta prohibicion, y dixo, que si quisiesse su hermana dexar el vsufructo de sus bienes à Don Juan Zanoguera, lo pudiesse hazer, y despues viniessen los bienes, y herencia al heredero que nombrasse la susodicha.

6 Esto es lo que resulta, en quanto à este Fideicomisso, de el testamento, y codicilo del Fundador: y la forma de sucession, que ha avido, parece fue, aver sucedido en èl Doña Geronima la hermana del Fundador, despues de Doña Beatriz Vich; y por no aver tenido hijos varones dicha Doña Geronima, sino dos hijas, que fueron, Doña Ana, y Doña Geronima de Zanoguera; aquella sucediò en la Casa de Zanoguera, y esta posseyò este Vinculo, que muriò en 13. de Febrero de 1658. sin dexar alguna descendencia. Con que por esta razon, y por no aver otras hijas tercera, ni quarta de la hermana del Fundador, sucediò Doña Concordia Dominguez, hija de Don Victorian Dominguez, y de Doña Ana de Zanoguera, hija mayor de Doña Geronima, hermana del Fundador, y obtuvo declaracion à su favor del Tribunal de la Governacion de Orihuela, sobre la sucession deste Vinculo, en 21. de Febrero de 658. Esta casò con Don Francisco de los Cobos, de quien tuvo por su hijo varon à Don Juan de los Cobos, que naciò en 19. de Febrero de 1644. y muriò sin sucession, viviendo su madre, en 30. de Julio de 669. y Doña Concordia muriò en 6. de Abril de 689. dexando dos hijas, à Doña Ana Maria de los Cobos, primogenita, que naciò en 8. de Agosto de 646. y casò con Don Antonio de los Cobos; y à Doña Mariana de los Cobos, hija segunda, que naciò en 6. de Abril de 656. y casò con Don Fernando Pando.

7 Por ambas se embargaron los bienes de los Mayorazgos de su madre, y huvo cierta disputa con el Tribunal de la Inquisicion, y se declarò la competencia à favor de la Real Audiencia de Valencia; y por evitar pleytos, y controversias, se otorgò escritura de concordia en 16. de Abril del año passado

 de

de 695. entre Don Francisco, y Doña Maria Andrès Solèr de los Cobos, hijos de Don Antonio de los Cobos, y Doña Ana Maria de los Cobos, que muriò durante la competencia, en 8. de Diziembre del año passado de 694. y de la otra parte, Doña Mariana de los Cobos, y Don Fernando Pando, como su marido, y padre, y legitimo Administrador de Don Manuel Pando; en que se renunciaron por ambas partes las possessiones, y embargos, y el juizio de possession sobre este Fideicomisso, y se allanaron à que solo se litigasse pleyto de propriedad en este Supremo Consejo, sobre la pertenencia de dicho Fideicomisso de Andrès Solèr.

8 En cuya conformidad Don Fernando Pando Santa Cruz, y Doña Mariana de los Cobos su muger, pusieron demanda; pidiendo, que Don Francisco Andrès Solèr de los Cobos eligiesse vno de los dos Vinculos, y Fideicomissos de Zanoguera, y Solèr, y que se declare, que toca, y pertenece el que dexasse, à la dicha Doña Mariana en possession, y propriedad, desde la muerte de la dicha Doña Concordia. Considerando para este intento, que los dos Vinculos son incompatibles, y que aviendo muerto dicha Doña Concordia, que los posseyò ambos, fue precisa la division entre las dos hijas de la susodicha; y por muerte de la dicha Doña Ana Maria, hija primogenita (que no hizo eleccion, por aver muerto en el tiempo de la competencia) debè elegir Don Francisco vno de dichos dos Vinculos, dexando el otro à dicha Doña Mariana, en que debe suceder.

9 Doña Maria, hermana de dicho Don Francisco, ha salido à este pleyto, y pretende, que siendo este Vinculo, ò Fideicomisso incompatible, ù de secundogenitura, debe recaer en ella la sucession, porque se halla hermana del primogenito, en quien regularmente se haze la division: y que mirando la sucession desde el principio, es mas justo su intento, pues por la incompatibilidad de los Vinculos, no debiò Doña Concordia suceder en ambos, sino Don Juan de los Cobos su hijo, que estava nacido al tiempo de la muerte de Doña Geronima su tia, que muriò sin descendientes: Y por muerte desse sucediò Doña Ana Maria, madre de dicha Doña Maria; y aviendo muerto Doña Concordia su madre, fue preciso que se le defiriesse el

Vin-

Vinculo, y Mayorazgo que posseìa; y entonces dexò de posseer la dicha Doña Ana Maria vno de los dos, que se defiriò, ò à Don Francisco su hermano, ò à dicha Doña Maria su hija segunda, ò derechamente se transfiriò en dicha Doña Maria, por la sucession de su madre en ambos Vinculos: ò por lo menos debe considerarse legitima sucessora desde la muerte de dicha su madre, por aver concurrido ambos Mayorazgos en su hermano, y ser precisa la division en el mas cercano. Demàs, que compitiendo à Don Francisco la eleccion de vno de los dos Vinculos, se estraña que se intente por Doña Mariana su tia la pertenencia del Mayorazgo que dexare; porque si eligiesse el de Andrès Solèr, no es dable que Doña Maria, que se halla en la linea efectiva, y primogenita, sea excluida deste Vinculo por otra linea remota, no teniendo el Vinculo de Zanoguera clausula alguna para semejante exclusion.

10 Estando ya para concluirse este pleyto, y temiendo Doña Mariana la pretension de su sobrina, se diò peticion por Don Fernando Pando, como marido de Doña Mariana, respondiendo à lo alegado; y al fin de su alegato dize, se opone à la pretension de Doña Maria, como padre, y legitimo Administrador de Don Manuel Pando su hijo, pretendiendo, que en caso de ser dudoso el derecho de su muger, toca la sucession à dicho su hijo, por estàr nacido al tiempo que muriò Doña Concordia su abuela; y por ser varon, cuyo sexo prefiriò el Fundador à las hembras, como se reconoce de la fundacion.

11 Don Francisco excluye las pretensiones, è intento de todas las otras partes, por dos motivos: El primero, porque el Vinculo de Andrès Solèr no es incompatible, ni de secundogenitura en las lineas, en que oy se halla; y por esta razon no se le puede controvertir la sucession al primogenito. El segundo, porque de aqui nace, que tiene el dicho Don Francisco llamamiento expresso para suceder, y ninguna de las otras partes le tiene à dicha sucession. Estos dos fundamentos se probaràn en este Discurso, con los quales quedarà apoyado, y sin alguna controversia el intento de Don Francisco, y con manifiesta exclusion las pretensiones de todas las otras partes.

12 Para conocer quien tenga llamamiento à este Mayorazgo, es preciso averiguar la calidad del Vinculo de Andrès Solèr;

Solèr; porque aunque este aya sido de secundogenitura, si oy no se considerasse desta naturaleza, deberà suceder precisamente el primogenito.

13 Es cierto, que consideradas las clausulas del testamento de Andrès Solèr, quiso conservar su Vinculo en vno de los hijos segundos de su hermana Doña Geronima Solèr, sino es que el primogenito le quisiesse elegir; à quien diò esta facultad en el codicilo; pero en tal caso mãdò dexasse el Vinculo, y Casa de Zanoguera para el hijo segũdo, cuya voluntad constituye, y funda Vinculo de secundogenitura, Molina *de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 6. num. 7. in fin. & lib. 3. cap. 2. num. 28.* vbi Addent. Alciat. *cons. 101. num. 16. lib. 9.* Roxas *de incompatib. 1. part. cap. 8. à num. 12. & seqq. vbi eius Addit. qui alios refert.* Y aunque este, por ser desta naturaleza, no fuesse incompatible con el de Zanoguera, mirando el intento del mismo Andrès Solèr, expressado en las clausulas de su testamento, que quedan referidas al principio, debemos tambien conceder, que quiso la incompatibilidad con el Mayorazgo de Zanoguera, pues advirtiò, que el primogenito posseyesse este; y el segundo, y sus hermanos, sucediessen en el suyo: y añadiò dos circunstancias, que la manifiestan: Vna, aver prevenido, que si el segundogenito sucediesse en el Vinculo de Zanoguera, sucediesse el tercero en el de dicho Andrès Solèr. Otra, que el primogenito eligiesse de los dos Vinculos el que le pareciesse; propriedad de Mayorazgo, ò Vinculo incompatible, Roxas *de incompatib. maiorat. in introduction. num. 75.*

14 Pero aunque esto sea assi, no proceden estas reglas para el caso presente; porque esta incompatibilidad, ò irregularidad de secundogenitura, la quiso el dicho Andrès Solèr en los hijos varones, ò hembras, segundo, tercero, ò quarto, de la dicha Doña Geronima Solèr su hermana, de quienes si huviesse algun descendiente, no podiamos dudar, que debiesse suceder en este Vinculo. Pero no estamos en este caso, ni en estas lineas, sino en descendientes de Doña Ana Zanoguera, hija primogenita de la dicha Doña Geronima, hermana del Fundador; en cuya linea no solo no dispuso la incompatibilidad, ò llamamiento del secundogenito, pero ni le quiso en competẽcia del primogenito, como parece de dichas clausulas. Y assi,

la

la primera diſputa, y dificultad deſte pleyto, ſerà, ſi aviendo he-cho el Fundador Mayorazgo de ſecundogenitura, ù de incompatibilidad, en las lineas ſegunda, tercera, y quarta, ſe avrà de entender, y ſuſcitar la miſma irregularidad de ſecundogenitura, è incompatibilidad, en los deſcendientes de la linea primogenita? La ſegunda, ſi eſta repeticion puede, ò debe proceder, aviendo ſucedido en dicho Vinculo algun primogenito?

15 En quanto à la primera, ſe debe aſſegurar, que la ſecundogenitura ſe ha de limitar, y eſtrechar à las lineas del hijo, ò hija ſegundos, terceros, ò quartos, de Doña Geronima Solèr ſu hermana, ſin que ſe pueda extender tal irregularidad à la primogenita, y ſus deſcendientes: porque, como reſulta de la fundacion, y clauſulas expreſſadas *ſupr. num. 1. & 2.* no la previno en la linea primogenita; y aſsi la calidad irregular, ò llamamiento de ſecundogenitura, expreſſada en las otras, no ſe debe entender con eſta, por dos fundamentos; vno, nacido de las leyes, y Fueros de Valencia; otro, de la diſpoſicion del Derecho Comun. Por los Fueros de Valencia, porque mandan, y ordenan, que las diſpoſiciones de los Teſtadores, y ſus llamamientos, ſe obſerven, y guarden à la letra, *vt in Foro 51. rubrica de teſtamentis*; de tal manera, que ſe goviernan, y guardan como la miſma ley, y Fuero, como lo ordena *el 44. eadem rubrica de teſtamentis*; y el Fuero ſe debe entender à la letra, ſin que ſe admita ley, gloſſa, ò Doctor, para extenderle, *iuxta Forum 3. rubr. Comencen les coſtums*, donde ſe manda, *que las queſtiones, y pleytos ſe determinen ſegun la forma del Fuero de Valencia, à la letra tan ſolamente, ſin alguna alegacion, ò interpretacion de leyes, Decretales, ò Decretos, o ſin gloſſas de aquellos.* Con que de tal ſuerte ſe debe entender, y executar à la letra la voluntad del Teſtador, que no admite interpretacion, ni extenſion alguna: y aſsi aviendo ſido la de Andrès Solèr, fundar Mayorazgo, y Vinculo de ſecundogenitura en los hijos ſegundos, terceros, ò quartos de Doña Geronima Solèr ſu hermana, no ſe podrà, ni deberà extender ſemejante voluntad al hijo, ò hijos primogenitos, ni ſus deſcendientes, donde no la ordenò, ni previno, y es preciſo eſtrechar la ſecundogenitura, y entenderla ſolo en las lineas de ſus hermanos.

16 Eſto miſmo ſe manifieſta con lo diſpueſto *in dicto Fo-*

Foro 44. *de testamentis*, donde se supone, que el que tiene substitucion, y llamamiento en vn caso, no le aprovecha para otro; y assi fue necessario prevenir alli por ley, que el substituido al pupilo, ò postumo, en caso de morir en la edad pupilar, sucede en el de no aver nacido, ò no aver heredado al padre, por averle este sobrevivido. Y lo mismo se ordenò en el caso de aver muchos grados de substituciones, y morir algunos intermedios, en que tambien manda se admitan los substitutos: y el aver ordenado por Fuero lo referido, manifiesta que fue precisa esta ley; porque de otra manera no se admitieran semejantes substituciones, aunque huviesse tacita voluntad del Testador: y esto se persuade de la razon, y motivo que huvo para establecer este Fuero, que como dèl consta al principio, fue considerar ley rigurosa à la vltima voluntad, y disposicion de los Testadores; ibi: *Iten, como la voluntad del Testador deba ser guardada, assi como ley*; la qual se limita al preciso significado de la letra, como queda dicho. Y assi, segun la disposiciō Foral, no caben los ensanches, y discursos, que se suelen hazer por Derecho Comun; porque el llamado, ò substituido, no se admite en otro caso, que el especifico de la disposicion. De que resulta, que si Andrès Solèr llamò al hijo segundo, y los demàs en alguna linea, sin aver manifestado expressamente su voluntad, y hecho el mismo llamamiento en la linea primogenita, no se puede extender à ella, y precisamente se ha de contener la substitucion de los secundogenitos en donde lo expressò; sin que se puedan admitir los motivos de que aya la misma razon en la linea primogenita, que en las demàs, ò que por esta causa ay voluntad tacita del Testador para que en ella se entienda la misma disposicion, y llamamiento; porque estàn reprobados por el Fuero, que solo atiende lo literal, considerando muy peligrosas estas interpretaciones intelectuales para sentenciar los pleytos.

17 Lo mismo se debe afirmar por la disposicion del Derecho Comun, porque en los Mayorazgos es lo regular, que su sucession pertenezca al primogenito, Cevallos *quæst.* 828. *num.* 72. Mastrill. *decis.* 276. *num.* 32. 33. 34. 45. y su exclusion, ò que el secundogenito le prefiera, es muy estraño de su naturaleza; por lo qual la voluntad del Fundador, que en

algun

algun caso, ò respecto de algunas personas, instituyò Mayorazgo de secundogenitura, se debe contener en ellas, sin extenderla à otras, *vt constat ex textu in leg. Quæ conditio, ff. de condit. & demonstr.* ibi: *At, quæ conditio ad certas personas accomodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fuerunt.* Y asi el gravamen que se dexa al segundogenito, no tiene obligacion à cumplirle el primogenito, si no es que sea de naturaleza tal, que convenga à toda la fundaciõ, y disposicion, Rolando à Valle *cons. 59. à num. 51. volum. 3.* Bertrand. *cons. 46. lib. 1. & cons. 73. lib. 3.* & facit Lambertin. *de iure Patron. lib. 1. quæst. 4. princip. art. 11. num. 1. & lib. 2. part. 2. quæst. 1. princip. art. 16. num. 7.* Bald. *cons. 404. Nobilis vir. lib. 5.*

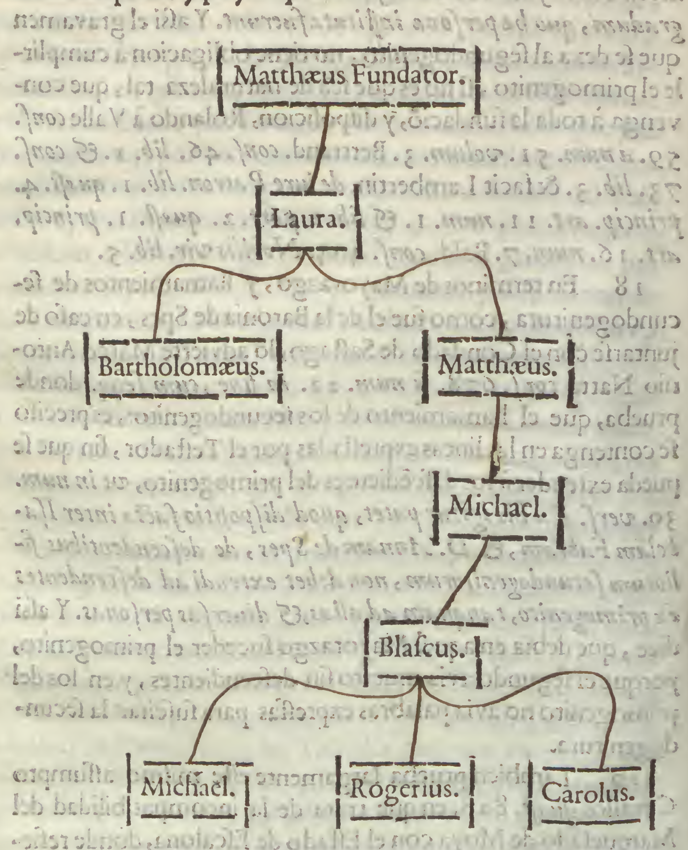
18 En terminos de Mayorazgo, y llamamientos de secundogenitura, como fue el de la Baronia de Spes, en caso de juntarse con el Condado de Sastago, lo advierte Marco Antonio Natta *cons. 678. à num. 22. in fine, cum seqq.* donde prueba, que el llamamiento de los secundogenitos, es preciso se contenga en las lineas expressadas por el Testador, sin que se pueda extender à los descẽdientes del primogenito, *vt in num. 30. vers. Ex his igitur patet, quod dispositio facta inter Isabelam Fabram, & D. Annam de Spes, de descendentibus filiorum secundogenitorum, non debet extendi ad descendentes ex primogenito, tanquam ad alias, & diuersas personas.* Y asi dize, que debia en aquel Mayorazgo suceder el primogenito, porque el segundo avia muerto sin descendientes, y en los del primogenito no avia palabras expressas para suscitar la secundogenitura.

19 Tambien prueba largamente este mismo assumpto Cevallos *quæst. 828.* en que trata de la incompatibilidad del Marquesado de Moya con el Estado de Escalona, donde refiere los motivos que apoyan la resolucion de la especie presente, sin embargo que en aquel caso las palabras de la fundacion erã mas generales, y podian tener mayor extension: pero como la disposicion de incompatibilidad es irregular, prueba latissimamente, que solo puede, y debe tener lugar en los terminos, y casos expressados por el Fundador.

20 Es terminante para este pleyto la afamada decision de

Mas-

Mastrillo, 266. cuyo caso, por tener similitud con el nuestro, serà preciso referir; si bien contiene algunas palabras, que hazian mas dificil la resolucion à favor del primogenito, que no ay en esta fundacion: y para mejor inteligencia se pone el Arbol de la especie, y pleyto que trae Mastrillo.



Matheo instituyò por heredera à Laura su hija, y en el territorio de Fitalia llamò despues de su muerte à su hijo segundo, y sus descendientes; y despues dellos llamò al tercero, quarto, quinto, y los suyos: *Ita quod nullo modo dicta bona perveniant ad filium primogenitum ipsius Lauræ, nec primogenitum primogeniti, & filios eorum.* Y puso las calidades ordinarias de apellido, y Armas; y prelacion del primogenito à los demàs en las lineas que tenia llamadas.

Su-

21 Sucediò Laura en eſtos bienes, quien tuvo por hijos à Bartolomè, y Mateo, que murieron antes que ſu madre, aviẽdo quedado ſolo Miguel, hijo de Mateo, quien tuvo por hijo à Blaſco, y eſte à Miguel, Rogerio, y Carlos; y por la muerte de Blaſco, y Miguel ſu hijo mayor, aviendo ſucedido Rogerio en el Eſtado de ſu padre, y en el territorio de Fitalia, intentò Carlos, como hermano ſegundo, la ſuceſsion, y reivindicaciõ dèl, como quien tenia la repreſentacion de hijo ſegundo, y ſu hermano la primogenitura: y ſegun la fundacion, no ſolo eſtava llamado el ſegundo, pero excluido el primogenito, y ſus deſcendientes. Y deſde el *num.* 17. ſe alegaron por Carlos todos los fundamentos que oy ſe deducen por Doña Mariana de los Cobos, y Don Fernando Pando; y por el primogenito ſe alegava el motivo que llevamos referido, *vt patet ex num.* 2. ibi: *Adverſus quam petitionem dicebat Marchio, quod actor omni prorſus carebat actione, nam Bartholomaus teſtator non vocaverat ſecundogenitos Laureæ in infinitum, excluſis ſemper primogenitis, ſed filium ſecundogenitum Laureæ, ſuoſque deſcendentes cum qualitate primogenituræ, vt ſuperius dictum eſt; in tantum, quod poſt mortem filij ſecundogeniti Laureæ fuit facta perpetua primogenitura in omnes deſcendentes filij ſecundogeniti dictæ Laureæ, & pariter in linea tertiogeniti, & cæteris lineis*; que ſon los miſmos llamamientos, que ſe han hecho en el caſo preſente. Tambien por la parte del primogenito ſe alegò, que por aver premuerto à la heredera el hijo ſegundo, todos los llamamientos, y ſubſtituciones ſe avian anulado, y caducado: y la ſentencia, y determinacion fuè à favor del primogenito, como ſe reconoce de lo que refiere deſde el *num.* 31.

22 Y aunque Don Juan del Caſtillo *tom.* 6. *controverſ. cap.* 181. queriendo dàr ſatisfacion à eſta deciſion, dize *à num.* 44. que ſe tuvieron por caducados los llamamientos, por aver premuerto el hijo ſecundogenito de Laura; mirada con atencion la razon de la deciſion, ſe hallarà que ſe aprobò tambien la que llevamos referida, de no deberſe obſervar la ſecundogenitura en la deſcendencia del primogenito, *vt conſtat ex* Maſtrillo *num.* 31. y lo eſpecifica, y declara en el *num.* 34.

23 Eſta deciſion es puntual para el caſo preſente, y era

mas

mas vrgente el de Mastrillo; porque aunque ambos casos tienen vnos mismos llamamientos, el de la decision contiene aquella particularidad expressada suprà: *Ita quod nullo modo dicta bona perveniant ad filium primogenitum ipsius Laureæ, nec primogenitum primogeniti, & filios eorum.* Y en nuestro caso no solo no ay semejante prohibicion, sino lo contrario, pues acabadas las lineas segunda, y vlteriores, ò no aviendo mas que vno, le llamò expressamente, como lo declarò en el codicilo que và notado *supr. num.* 4. con que la decision es formal, aun en terminos mas apretados.

24 Don Fernando Pando, y Doña Maria de los Cobos su muger, traeràn para prueba de lo contrario los lugares de Don Juan del Castillo *controuers. tom.6. cap.* 181. Larrea *decis.* 51. y Roxas *de incompatibilit. part.* 4. *cap.* 2. quienes en la question propuesta generalmente, de si la incompatibilidad prevenida con algunas personas, ò en algunos grados, se ha de entender en los demàs no expressados, resuelven afirmativamente. Con cuyo motivo arguiràn las otras partes, que aunque Andrès Solèr expressò la incompatibilidad, ò secundogenitura en los hijos segundos de su hermana Doña Geronima, lo mismo deberà executarse entre los descendientes de este, quando llegue la sucessïon à ellos.

25 Pero atendidas estas doctrinas, padecen muchos reparos: El primero, que no hablan individualmente en nuestro caso; porque lo que dizen es, que la incompatibilidad prevenida en vnos casos, ò grados, se extiende à otros, aunque el Fundador no los aya expressado: lo qual puede acontecer en otras distintas especies, como quando el Testador dispuso la secundogenitura en el segundo, y tercero hijo, y omitiò los demàs; porque podrà dezir el quarto, y quinto, que la exclusion del primogenito se debe entender tambien con ellos, aunque no se expressò en la disposicion, por los motivos, y razones contenidas en dichos Autores; pero no disputan con individualidad, si la incompatibilidad, ò secundogenitura prevenida en otras lineas, se aya de suscitar en la primogenita, de quien el Fundador apartò siempre la sucessïon: cuyo caso tiene muy diferente semblante, que el antecedente; porque en el disputado por dichos Autores proseguia el Vinculo con su ca-

cama li-

lidad irregular de incompatibilidad, ò secundogenitura en el quarto, quinto, y los demàs, que constituyen lineas proprias, y à proposito para su conservacion. Pero en este, ò se trata de suscitar, y renovar la calidad de incompatibilidad, ò secundogenitura, que estava extincta con la sucesion del primogenito, ò se queria conservar en su linea inhabil, è incapaz de suceder en Mayorazgo de secundogenitura, ò incompatibilidad: y assi, siendo las especies tan distintas, y diversas, era preciso que para traer como contrarios à estos Autores, fuessen sus resoluciones precisas al caso del pleyto, como las que hemos traido en comprobacion.

26 El segundo reparo, que padecen estas doctrinas, es, sobre los fundamentos que traen para apoyo de su dictamen, pues no son bastantes, ni para el caso presente de ninguna eficacia. Reducense à que milita la misma razon en los casos omitidos, para mantener la incompatibilidad, que en los expressados, y que es esta la verisimil mente del Testador, à que se debe estàr; pues si huviesse hecho expressa mencion de los descendientes del primogenito, à quienes podia venir la sucesion, es cierto que huviera declarado la division; porque la razon, y motivo que tuvo para constituir Mayorazgo incompatible, ù de secundogenitura, fue, querer mantener la incompatibilidad perpetuamente, y que nunca se vniessen en vna persona, ò porque su Familia no se confundiesse, ò porque quiso acomodar al hermano del primogenito, considerandole à este opulente con otro Mayorazgo: y como esta razon milita tambien en los hijos del primogenito, es la mente del Fundador, que en ellos quiso verisimilmente, que se executasse la division.

27 Antes de examinar la verdad destos motivos, se ofrece, que Andrès Solèr llamò, como hemos dicho, à los hijos segundos, y vlteriores, con prelacion à la linea primogenita; pero no expressò razon alguna, y solo hizo los llamamientos sencillamente: con que no podemos assegurar que la que tuvo trascendiesse à los hijos de la linea primogenita. Si bien se dirà, que no solo por razon expressa, sino por la tacita, se induce la extension referida, vt ex Castillo *dict. cap.* 181. y que la que se presume, ò es alguna de las dos, ò ambas. A que se responde, que pudo ser alguna de las referidas, ù otras, que no podemos adi-

adivinar; y assi no se debe salir de la disposicion, como en vn Mayorazgo de secundogenitura lo advierte Alciat. *conf*. 101. *lib*. 9. quien en el *num*. 17. *y* 18. dize, que para llamar al secundogenito, pudo moverse el Testador de dichos dos motivos; y añade: *Potuit etiam moueri alijs causis, quas difficile est scrutari; & propterea standum est verbis leg. Non aliter, ff. de legat. 3. leg. Labeo, ff. de suppelectile legat.*

28 Sin que pueda embaraçar lo que dispuso en el testamento, de que no teniendo sucession su hermano, pudiesse dexar su herencia à quien le pareciesse, como no fuesse à los Zanogueras; y de aqui se quiera inducir animo de perpetua exclusion de los desta Familia, è incompatibilidad con ella; porque esta prohibicion no la quiso para con los litigantes, sino con otros de la Familia Zanoguera: porque, como queda dicho, la ordenò en caso de no tener su hermana descendientes, y à ellos no solo no los excluyò, sino que les vinculò su hazienda perpetuamente; y no ay duda que los litigantes son descendientes de dicha Doña Geronima, y Don Juan Zanoguera: y assi para con ellos, no solo se desvanece la exclusion, pero tienen la assistencia de su voluntad para suceder en sus bienes. Demàs, que en el codicilo reformò la prohibicion, como se refiriò *supr. numer*. 5. pues dixo, que su hermana pudiesse dexar los dichos bienes por los dias de su vida à Don Juan Zanoguera su marido, y despues viniessen al heredero que nombrasse: y si en virtud desta facultad instituyesse à alguno desta Familia, seria sin duda su heredero legitimo; con que vino à revocar del todo en el codicilo la prohibicion del testamento.

29 Pero viniendo à los fundamentos de la extension de la secundogenitura, y reparando con atencion à ellos, se hallarà que no son de bastante eficacia para extender la incompatibilidad, ò secundogenitura adonde no la expressò el Fundador: porque aunque el motivo que tuviesse para separar ambos Vinculos, y llamar en el suyo al segundo, se verifique en las demàs lineas, como la calidad de incompatibilidad, ò secundogenitura es tan extravagante, que excluye al primogenito, no se puede repetir, ni extender à los casos no expressados, aunque aya la misma razon, *vt in specie dicit* Natta *conf*. 678. *num*. 29. & 34. *vers. Nec aliquid facit, quod sit eadem ratio in des-*

descendentibus ex primogenito, quæ in descendentibus ex secundogenitis, cum idem militet fauor conseruandæ agnationis: nam in superioribus opportunè est ostensum, quod in huiusmodi substitutione, quæ continet onus, & grauamen, de casu expresso non potest fieri extensio ad casum non expressum, & casus omissus habetur pro omisso.

30 Y en los mismos terminos se vè practicado en los Autores Castellanos, y Estrangeros, con ocasion de la *ley 7. tit. 7. lib. 5. de la Recopilacion de Castilla*, donde se dispone, que si por razon de matrimonio contraido, se vniessen en marido, y muger dos Estados, ò Mayorazgos grandes, que el hijo mayor de aquel matrimonio escoja el que le pareciesse, y en el otro suceda el segundo. De aqui discurren en otro caso, que si no se vniessen en el matrimonio, sino despues de disuelto, en los hijos, por via de sucesion, si acaso tendrà lugar la disposicion de la ley? Y Roxas *de incompatibil. part. 8. cap. 2.* con otros que refiere, prueba latissimamente, que se debe hazer la division; porque aunque el caso expressado en la ley, es quando los Mayorazgos se vnen en el matrimonio, y èl es causa de que vna persona sea dueña de muchos Estados, como la razon de la ley milita aunque el matrimonio se aya disuelto, y se experimenta el mismo inconveniente, que fue à evitar; es de sentir, que se debe executar la division en el caso de la sucesion del primogenito, como se debia hazer en el de la vnion de los Mayorazgos en el matrimonio.

31 Sin embargo, considerando que la ley en su resolucion excluye al primogenito, y que por ello es exorbitante, y que no se puede, ni debe extender à otro caso, que el contenido en ella, la sentencia comun, y practicada, es, que aunque sea verdad, que milite la misma razon en este caso, que en el de la ley, solo se ha de executar la exclusion del primogenito en el caso contenido en ella, y no en el de la sucesion del hijo, à que diò causa el mismo matrimonio, Addentes ad Molin. *lib. 1. cap. 8. num.* 34. Larrea *alleg.* 115. *à num.* 51. Paz *de tenuta, cap.* 57. *à num.* 189. & 193. Valençuel. *cons.* 69. *à num.* 46. Mieres *de maioratib.* 1. *part. quæst.* 30. *à num.* 84. Dom. Luca *de fideicommis. discurs.* 13. *num.* 32. Addit. ad Roxas *part.* 8. *cap.* 1. *num.* 26. Y que sea esta opinion la recibida en los

Tribunales, lo confiessa el mismo Roxas *dict. part.* 8. *cap.* 1. *num.* 35. vbi eius Addit. dize, que es lo comun que se practica. Y en Portugal ay la misma ley, y sus Autores la entienden en esta forma, y asi se han determinado algunos pleytos, como lo refiere Phebo *decis.* 151. *part.* 2. Antunez *de donation. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 81. Con que si la identidad de razon no ha sido bastante para suscitar la incompatibilidad, ò secundogenitura, contenida en la disposicion de la ley, tampoco debe ser poderosa à suscitarla en las fundaciones particulares, no estando expressado por los Fundadores.

32 Y esto procede quando se expresò la razon de la incompatibilidad en la fundacion, ò en la ley; porque basta contener tal irregularidad, como la exclusion del primogenito, para que no salga la disposicion del contenido de sus palabras. Què serà quando solo se miran vnos simples llamamientos del secundogenito, y demàs lineas posteriores de los hijos de Doña Geronima, sin dàr motivo de la exclusion de la primogenita? Entonces parece, que sin duda se debe limitar à los grados, y lineas expressadas. Asi lo vèmos en los Mayorazgos de agnacion, ù de masculinidad, que son irregulares, en los quales, si se dispusiesse la agnacion, ò masculinidad en algunos grados, y lineas, y no se expressasse en otras, y se dudasse si tal concepto se ha de entender en los demàs grados, y lineas? Se responde, que si el Fundador en el proemio, ò alguna clausula, expresò, y dixo, que su animo era conservar sus bienes en los varones, por conservar la agnacion; como este concepto comprehende toda la fundacion, se considera de agnacion el Mayorazgo ya en las lineas, y grados en que se expresò, como en los demàs en que se omitiò, Molin. *de Hispan. primogen. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 38. & 40. Don Joseph Vela *disert.* 49. *num.* 69. Castillo *controuers. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 72. & *lib.* 5. *cap.* 143. §. *vnic. num.* 13. & 121. Pero si la fundacion solo contenga llamamientos de agnacion, ù de masculinidad en algunas lineas, y en otras la omita, sin expressar la causa referida, de que queria conservar la agnacion, ò masculinidad, no ay duda que en tal caso esta calidad irregular no saldrà de las lineas en que la quiso, ni se extenderà à las demàs, en que no la dispuso con claridad, Molina *lib.* 1. *cap.* 5. *à num.* 1. & 20. & 36. & 37.

& lib. 3. cap. 5. num. 50. in fine, Addent. ad Molin. *dict. cap. 5. ad num.* 20. *&* 37. Maldonad. ad Molin. *num.* 31. Vela, & Castill. *supr. adducti*, Peregrin. *decis.* 134. Molino *de ritu nupt. lib. 3. quæst.* 24. *à num.* 134. benè Casanat. *cons.4. numer.* 217. Luego lo mismo debe suceder en nuestro caso, en que Andrès Solèr no expressò causa de la incompatibilidad, ò secundogenitura, que dispuso.

33 Ni es satisfacion lo que se dixo arriba, que la causa presumpta, ò conjeturada, de no querer la confusion, ò vnion de los patrimonios, obra lo mismo que la expressa, para la extension de la incompatibilidad; porque tambien se dixera lo mismo en el referido caso de la agnacion dispuesta en algunas lineas, pues aũque la omitiesse en vnas, el motivo de averla prevenido en otras, fue, querer conservar la agnacion; y sin embargo, por no averlo expressado en el proemio, ò en alguna clausula, se contiene esta irregularidad en los grados, y lineas especificadas: y esto aunque expressasse la razon de que queria conservar la agnacion, porque se entiende en las personas, y grados especificados, Peregrin. *dict. decis.* 134. *num.* 24. Molin. *lib. 3. cap. 5. num.* 20. Casanat. *dict. cons.* 4. *num.* 217. luego es precisose execute lo mismo en nuestro caso.

34 La razon de todo esto nace, en nuestro corto dictamen, de que ay grande diferencia entre la causa expressada, y omitida, ò tacita; porque aquella *per se*, obra sin dependencia de lo executado en los llamamientos, y descubre el intento, y animo del Fundador para toda la fundacion; y assi aunque en las palabras dellos no estè explicada con claridad la agnacion, ò masculinidad, como està descubierto este cõcepto en la causa de la fundacion, toda ella està sujeta à su disposicion; y assi lo que falta de explicacion en los llamamientos, se suple con lo manifestado en la causa. Pero quando no ay expression de causa, sino solo el nudo hecho de llamamientos de agnacion en algunas lineas, es verdad que dellos se deduce, que fue la causa querer conservar la agnacion, pero limitada à las lineas, y grados expressados; porque esta causa *per se nihil operatur*, antes bien como nacida de los mismos llamamientos, los sigue sin extenderse à mas de lo contenido en ellos. Y assi por la misma razon, quando ay llamamientos de incompatibilidad, ò secun-

do-

dogenitura, en que prefieren el secundogenito, y los demàs al primogenito, sin aver expressado el motivo, no pueden, ni deben extenderse à las lineas en que no lo dispuso, porque la razon de secundogenitura, que se deduce de los mismos llamamientos, como vnida con ellos, no puede extenderse à mas que lo que ellos disponen.

35 Prueba este discurso el del señor Cardenal de Luca *discurs. 54. tit. de fideicommis.* con el afamado consejo de Decio, 636. donde refiere, que aviendose hecho algunos llamamientos entre los de su Familia, con prohibicion de la enagenacion, porque queria que perpetuamente se conservassen los bienes en ella, se dudò, si con pretexto del motivo expressado, se avia de extender el Fideicomisso à toda la Familia, ò se avia de contener en las personas nombradas? Y responde, que esto depende de averiguar, si la razon expressada se puso *principaliter, & de per se*, ò como accessiō, y consequencia de lo antecedente; porque en el primero caso ay Fideicomisso en toda la Familia, no en el segundo, *vt ibi dicit num.* 3. *An scilicet ratio conservationis bonorum in familia, & descēdentia adiecta prohibitioni alienationis staret principaliter, & independenter, vel potius famulativè, seu accessoriè, & consecutivè, vt primo casu inducat fideicommissum restitutorium, in altero autem non.* Y prueban lo mismo Peregrin. *de fideicommis. art.* 11. *à num.* 54. Addent. ad Molin. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 7. & benè Dom. & Excellent. Crespi de Valdaura *observ.* 22. *ex num.* 93. *vsque ad* 100. Con que siendo la causa de secundogenitura, ò incompatibilidad, no solo accessoria, sino vnida, y nacida de los mismos llamamientos, sin que se pueda considerar por ningun titulo independiente; es preciso afirmar que no se puede extender la secundogenitura à otros grados no expressados.

36 Y en nuestro corto entender, prueba todo este discurso el texto referido *in leg. Quæ conditio, 34. de condit. & demonstrat.* ibi: *Quæ conditio ad genus personarum, non ad certas, & notas personas pertineat, eam existimamus totius esse testamenti, & ad omnes hæredes institutos pertinere: at quæ conditio ad certas personas accomodata fuerit, eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum, quo hæ personæ institutæ fue-*

fuerint. De cuya decision nace lo que queda dicho, que si el Fundador huviesse expressado la razon de su concepto en el proemio, ò en alguna clausula de su disposicion, podriamos conceder que obrava en todo genero de personas; pero aviendo estrechado su irregularidad à ciertos grados, y personas, no se halla por donde se quiera introducir semejante extension.

37 Y se debe advertir, que la ley, y la doctrina del Cardenal de Luca hablan, aun en caso de averse hecho expression de la causa en la misma fundacion, y por considerarla puesta *famulativè* à las personas llamadas, no la conceden alguna operacion fuera dellas. Pues què se dirà, quando la causa no es expressa, sino tacita, inducida de los mismos llamamientos? Con mayor razon se limitarà à ellos.

38 Y aunque se despreciasse este discurso, y concediessemos que la doctrina de Castillo, y Roxas debia proceder sin algun escrupulo; es preciso, para aplicarla al caso presente, que militasse la misma razon para suscitar la incompatibilidad, ò secundogenitura en los descendientes del primogenito, que huvo para introducirla en Doña Geronima, hija segunda de su hermana, como lo suponen dichos Autores, que vàn conformes en esto. Y como queda dicho arriba, y se harà mencion despues, no procede el mismo motivo en ambos casos; porque aunque el Fundador, para fundar Mayorazgo de secundogenitura, ù de incompatibilidad, en algun hijo segundo, se pudo mover, de solicitar la conservacion de su nombre, y Familia, y para ello le apartò del primogenito, y su linea, à quien veia con otro mayorazgo: pero acabadas aquellas lineas, en quien realmente se conservava la secundogenitura, y el intento del Fundador, y entrando la sucesion en el primogenito, como cessò, y se extinguiò del todo la secundogenitura, y viò el Testador que se avia frustrado el intento suyo, y que su Mayorazgo de secundogenitura, ò incompatible, avia perdido su naturaleza; es muy verisimil, que no la quisiesse suscitar entre sus descendientes, como la instituyò en el hijo segundo, en quien le fundò. Y assi no procede aquella misma razon para mantener semejante irregularidad; ò por lo menos se reconoce alguna diferencia para no repetirla, Castill. *lib. 2. controuers. cap. 4. num. 94. & 95.*

39 Y aunque todo faltasse, no se puede negar, que las autoridades destos Doctores Castellanos no prueban en este caso en el Reyno de Valencia; porque en el de Castilla ay estatuto particular, que es la *ley 7. tit. 7. lib. 5. Recopil.* que dispone, que quando el Mayorazgo incompatible, ù de secundogenitura, viene al hijo primogenito, se divida en sus descendientes: y assi, si el Fundador no lo expressò, pueden conjeturar, que fue esta su voluntad, por presumirse que cada vno dispone segun las leyes de su Patria, *leg. Hæredes mei, §. Cum ita, ff. ad S. C. Trebel.* Farinac. *decis.* 508. *num.* 4. Fusar. *de substit. quæst.* 311. *à num.* 42. *& seqq. & quæst.* 325. *numer.* 9. *& quæst.* 402. *à num.* 62. *& quæst.* 481. *à num.* 7. ò que como caso omitido, se debe determinar como derecho de aquel Reyno. Y assi Róxas *dict. part.* 4. *cap.* 2. *num.* 28. se vale de la disposicion de aquella ley para la decision desta question; y lo mismo Larrea *dict. decis.* 51. *num.* 12. *vers. Et iuvari, & num.* 20. 25. *&* 28. Y todo esto no es de consideracion para las sucessiones de Valencia, donde ay sus leyes particulares, y quando falta su disposicion, no se atiende la de las leyes de Castilla, sino el Derecho Comun, Dom. Crespi de Valdaura *observat.* 91. *num.* 5. *&* 6. *quæst.* 1. Con que en la question presente, solo quedan terminantes, y sin alguna tacha los tres Doctores, que llevamos referidos, que son, Marco Antonio Nata, Cevallos, y Mastrillo.

40 El otro fundamento de dichos Autores, que se debe està en la mente del Testador, cuya intencion fue, querer la secundogenitura, ò incompatibilidad en todos casos, y personas, es tan general, que no se puede apreciar, ò con dificultad aplicar à caso practico, y fuera muy peligroso para la determinacion de las causas, pues dava abertura para que los Juezes extendiessen con facilidad las disposiciones, y incurriessen en gravissimos errores con qualquiera genero de conjetura, como lo advirtiò Baldo *in leg. Precibus, Cod. de impuber. & alijs substit. num.* 23. y le sigue Peregrin. *de fideicommiss. art.* 41. *num.* 39. *vers. Nec mirum*, ibi: *Et Iudex ad quem defuncti voluntatis quæstio pertinet, non potest sistere votum animi sui super coniectura hominis, lege scripta non recepta, quia in coniecturanda hominis voluntate, cum anima eius non videa-*

diatur, de facili posset errare. Don Geronimo de Leon *decis. 60. à num.* 19.

41 Y assi, aunque es cierto que en estas materias siempre se debe estàr à la voluntad, y mente de los Testadores, *ex leg. In conditionibus cum similibus, ff. de condit. & demonstr.* ay grande dificultad en aplicarla à los casos practicos; porque no basta dezir, que fue esta, ò aquella la mente, y intencion, sino se colige *per necessè* de sus palabras, de tal suerte, que estè cō-prehendida en el significado dellas, Casanate *cons. 4. num.* 32. *& seqq.* Mastrill. *dict. decis.* 266. *à num.* 36. porque siendo solo intencion *in mente retenta*, que no passò à disposicion, nō obra efecto alguno, Casanate *supr. num.* 34. y junta todos los textos Peregrino *dict. art.* 11. *num.* 33. *&* 35. Por cuya razon nunca se atiende la voluntad, y mente, que no està significada en las palabras, como advirtiò Baldo *cons.* 408. *volum.* 4. con otros muchos, que refiere el mismo Peregrino *dict. num.* 33. Todas estas conclusiones las junta D. Geronimo de Leon *decis. 60. à num.* 19. Ni tampoco importa lo que se suele dezir, que el Testador, *si de eo cogitasset, verisimiliter idem disposuisset*; porque tan peligrosa fuera esta regla, como la antecedente, si se diesse lugar à ella en lo judicial, donde solo se atiende à lo que se dispuso, como se advierte en la especie de la *ley Si quis, §. penult. ff. de testament. tutela*; donde parece, que aunque el Testador nombrò tutor à sus hijos, no se entiende dado para el que tenia, y lo ignorava; y no ay duda, que si el padre fuesse preguntado sobre este caso, *ex verisimili mente*, dispusiera lo mismo; y sin embargo se determina lo contrario, por no aver avido disposicion; y en terminos de Mayorazgos de secundogenitura, que para extenderla à los descendientes de la linea primogenita, no baste la presumpta mente del Testador, no estando declarada en su disposicion, lo dizen Mastrillo *dict. decis. 266. à num. 36. & seqq.* Natta *cons. 678. num.* 32. 33. y 34.

42 Atendida la fundacion de Andrès Solèr, se hallarà que dispuso la secundogenitura, ò incompatibilidad en el hijo segundo de su hermana; pero no ay alguna palabra por donde se pueda conocer que la quisiesse en la linea primogenita, y sus descendientes; y assi no aviendo capacidad en las palabras deste

Vin-

Vinculo, ò Fideicomisso, para apoyar la mente, è intento del Fundador, de proseguir la secundogenitura en los descendientes de la linea primogenita, es caso totalmente omisso, *& quod est omnino omissum habetur pro omisso; leg. Commodissimè, ff. de liber. & posthum.* Bald. *in leg. vnic. Cod. de his qui ante apert. tabul. sub num.* 10. Peregrin. *dict. art.* 11. *num.* 35.

43 No solo las palabras de la fundacion no contienen tal disposicion, pero ni dellas se saca motivo para discurrir que quiso semejante irregularidad en la linea primogenita; antes bien manifiestan voluntad contraria del mismo Fundador. Don Juan del Castillo *dict. cap.* 181. *num.* 2. advirtiò, que para conjeturar la mente del Fundador, si quiso limitar la incompatibilidad, ò extenderla à toda la disposicion, se atendiesse à todas las clausulas della, de donde se podria hazer concepto de su intencion. Y segun esta regla, reparando en el testamento de Andrès Solèr, y en sus codicilos, que son parte dèl, pues lo dispuesto en ellos se considera ordenado en el testamento, *leg.* 2. *§. Codicillorum, ff. de iure codicil.* se hallarà explicado el concepto, y voluntad de aver querido limitar la secundogenitura, ò incompatibilidad, al hijo, ò hija segunda de su hermana; y que no solo no la extendiò à la linea primogenita, sino que en ella hizo el Mayorazgo de primogenitura.

44 Porque en el testamento solo diò llamamientos al hijo, ò hija segundos, terceros, ò quartos, de su hermana, sin hablar del primogenito, y sus descendientes. Y en el codicilo de 29. de Agosto del año de 590. considerando que podia su hermana no tener mas que vn hijo, ò vna hija, dispuso, que aquel, ò aquella fuesse el heredero de su hazienda, con las condiciones expressadas en dicho testamento, como se dixo *supr. numer.* 4. en cuyo llamamiento explicò su voluntad, de aver cessado todo cõcepto de secundogenitura, reduciendo su Vinculo à la sucession regular de primogenitura: porque en el del hijo, ò hija vnico de su hermana, se comprehenden todos sus descendientes primogenitos, como en terminos de incompatibilidad, ò secundogenitura del Estado de Moya con el de Escalona, lo dize Cevall. *quæst.* 828. *num.* 68. *vers. Prætereà*, ibi: *Præterea est vocatus in clausula, si tamen vnum filium masculum habuerit, cum ipse sit etiam masculus*; que puso estas

pa-

palabras para la inclusion del Marquès de Villena actual, primogenito de la Casa de Escalona, y descendiente de los primogenitos antecessores: con que en terminos prueba este lugar, que en el llamamiento del hijo vnico en Mayorazgo de secundogenitura, se comprehenden todos los primogenitos.

45 Demàs, que es regla general en los Mayorazgos, que aviendose llamado à la sucesion al primogenito, se entienden llamados todos los descendientes primogenitos, aunque no aya llamamientos especificos para ellos, Molin. *de primogen. lib. 1. cap. 1. num. 17. & lib. 3. cap. 6. à num. 29. & num.* 39. & Addent. *in num. 29. referunt plurimos.*

46 Y si huviesse sido otra su voluntad, y quisiesse suscitar la secundogenitura en los descendientes de la linea primogenita, lo huviera expressado; porque aviendo tenido presente el caso de no aver mas que vno, y llamadole à la sucesion, sin declarar que en sus descendientes se observasse la incompatibilidad, se entiende que no la quiso, ya porque le fue facil expressarlas, y no aviendolo hecho, se entiende que no fue aquella su voluntad, *ex leg. vnica, §. Sin autem, Cod. de caduc. toll.* Peregrin. *de fideicommis. art. 11. num.* 35. como tambien porque siendo calidad irregular, y extraordinaria, ù odiosa, no aviendola repetido, se manifiesta que no la quiso, Cyriaco *controu.* 281. *num.* 78. benè Castillo *lib. 2. cap. 4. num.* 101. ibi: *Sed in casu proposito de contraria voluntate disponentis apparet apertè: Quoniam ex quo testator in vna parte testamenti, sivè in vna substitutione, aut vocatione possuerit in cōditione, aut vocauerit solum masculos, & non in alia, declaratur vera mens, & voluntas eius, vt voluerit conditionem ad masculos restringere in ea substitutione, aut vocatione, in qua filiorum masculorum non fuit facta mentio, quia si repetere conditionem, aut qualitatem masculinitatis voluisset, vtique exposuisset.*

47 Ni se pueden traer à este caso las presumpciones, y conjeturas, que ponderan los Autores, de que procede, y milita la misma razon para extender la secundogenitura, y que es verisimil averla dispuesto en èl; porque esto procediera quando fuera caso totalmente omitido, y no se le huviesse propuesto

en la imaginacion, que pudiera llegar la ſucesſion al primogenito; pero teniendole preſente, y aviendole llamado à ella, ceſſan dichas conjeturas, por ſer conſtante en Derecho, que quando el Teſtador *aliquo modo* ſe acordò del caſo omitido, no ſe puede dezir, que *veriſimiliter diſpoſuiſſet de eo*: y es manifieſta la razon, porque aunque ſe acordò dèl, no diſpuſo lo miſmo que en los otros, ſic Ripa *in leg.* 1. *ff. de vulgar. num,* 171.

48 Creemos firmemente, que eſta diſpoſicion del codicilo, en que llamò à la ſucesſion al hijo vnico, ò hija vnica de ſu hermana; deſtierra totalmente la duda, ò dificultad deſte pleyto; porque aunque quiſieſſemos hazer diſputable el derecho de Don Franciſco con los lugares referidos de Caſtillo, y Roxas, ninguno dellos habla, interviniendo vna circunſtancia de tanta ponderacion, como aver llamado el Fundador al primogenito en falta de ſus hermanos, ò al vnico, que tambien ſe dize primogenito, ſin diſponer que entre ſus deſcendientes ſe hizieſſe diviſion alguna de los Mayorazgos; antes bien, como queda anotado *ſupr. num.* 41. Don Juan del Caſtillo *dict. cap.* 181. *num.* 2. advierte ſe tenga grande atencion à todas las clauſulas de la fundacion, para conjeturar la mente del Teſtador, ſi quiſo, ò no extender la incompatibilidad à los caſos no expreſſados: y ſi, como queda probado con ſemejante llamamiento del primogenito, ò hijo vnico, ſe ha aclarado el concepto de no aver querido la ſecundogenitura en ſu linea, ò por lo menos ſe ha de acreditar de muy dudoſo, y dificil para lo contrario, no ſe ſabe como puede aver capacidad en eſte caſo para extender la ſecundogenitura à los deſcendientes de la linea primogenita, en que eſtamos.

49 Pudiera hazerſe vna opoſicion, aunque no ſe ha expreſſado en ſus pedimentos, que el llamamiento hecho en el codicilo, *del hijo, ò hija vnica, fue con las condiciones expreſſadas en el teſtamento*; cuya clauſula parece repetitiva de todo ſu contenido, Decio *conſ.* 186. *num.* 4. *& conſ.* 291. *num.* 6. Mandoſ. *in regul.* 29. *Cancel. quæſt.* 29. *num.* 4. Y como en èl avia diſpueſto la ſecundogenitura, è incompatibilidad, ſe querrà dezir, que ſe debe repetir en los deſcendientes del hijo, ò hija vnica llamada.

Pe-

50 Pero ſe ſatisface eſta inſtancia por muchas razones: La primera, que la repeticion no ſe admite en duda, *leg. Si ita ſtipulatus*, 126. *§. Supereſt, in fine, ff. de verbor. oblig.* Magon. *deciſ. Florent.* 84. *num.* 7. Peregrin. *art.* 16. *de fideicommiſ. num.* 53. La ſegunda, que quando la calidad es odioſa, y no favorable, no ſe entiende repetida, Decio *conſ.* 167. *col. fin.* Menoch. *conſ.* 117. *num.* 46. Caſtillo *lib.* 2. *cap.* 4. *à num.* 103. y mucho menos quando *ex repetitione inducitur aliquid contra ius commune, vt ibi num.* 105. ex Gozadin. *& alijs pluribus.* Y en eſte caſo procede todo lo referido, pues la calidad de ſecundogenitura, ò incompatibilidad, no puede ſer mas odioſa, pues por ella ſe trata de excluir al primogenito, que es el que *à iure* debe ſuceder en los Mayorazgos. Y lo miſmo procede quando ſe limitàra la diſpoſicion, que *latè eſſet interpretanda*, Peregrin. *de fideicommiſ. art.* 16. *num.* 40. La tercera, porque el llamamiento eſtà pueſto en clauſula ſeparada, y perfecta en ſi; en cuyo caſo no ſe admite la repeticion, aunque aya clauſulas que la denoten, *vt cum pluribus* Caſtill. *dict. cap.* 4. *à num.* 131. La quarta, quando por alguna circunſtancia *poteſt apparere de diuerſitate rationis*, ex Bald. *conſ.* 153. *lib.* 5. *& conſ.* 58. *lib.* 2. Caſtillo *dict. cap.* 4. *à num.* 95. Peregrin. *art.* 16. *à num.* 34. *&* 38. y que en eſte caſo no ay la identidad de razon; que en los hijos ſegundos primeramente llamados, lo diximos *ſupr. num.* 38. Y todos eſtos motivos, y razones, que ſean excluſivos de la repeticion, y cada vno dellos; y eſpecialmente ſiendo la calidad odioſa, y extraordinaria, es opinion comuniſsima, y la practicada, ſegun el conſejo 22. de Ananias; lo prueba Caſtillo *lib.* 2. *cap.* 4. Molina *de Hiſpanor. primogen. lib.* 3. *cap.* 5. *à num.* 57. D. Joſeph Vela *diſert.* 49. *num. final*, que citan infinitos; y por eſtas miſmas razones ſe determinò lo miſmo en la Audiencia del Reyno de Valencia en el año de 611. que la trae D. Geronimo de Leon *deciſ.* 93. *à num.* 26.

51 Y finalmente, quando ay palabras generales relativas al teſtamento, ò lo diſpueſto en èl, no ſe entiende que la relacion hecha ſea à la calidad irregular del Mayorazgo inſtituido, ſino à lo neceſſario à ſu perpetuidad, y conſervacion, como es al gravamen de apellido, y Armas, y prohibicion de enagena-

cion,

cion, como quando se haze semejante relacion à Mayorazgo de masculinidad fundado antecedentemente, no se entiende repetida esta calidad de masculinidad, sino los otros gravamenes referidos del Mayorazgo, benè Molin. *lib. 1. de Hispan. primogen. cap. 6. à num. 23. & num. 26. ait*, ibi: *In hoc tamen observandum erit in maioratibus Hispanorum, non esse inducendam repetitionem masculinitatis ex hac maioratus perpetuitate. Quamvis enim omnium conditionum, quæ ad perpetuitatem eiusdem necessariæ sunt, repetitio facienda sit, hæc tamen masculinitatis repetitio ad perpetuitatem maioratus necessaria non est, cum possit maioratus tàm in fœminis, quã in masculis perpetuus esse, & hæc masculinitatis repetitio, vt fœmina proximioris gradus excludatur, sit quodammodo adversus maioratuum Hispanorum naturam, vt infra lib. 3. cap. 5. n. 5. & 6. ostensum est.* Y en los Mayorazgos de España es esta la opinion cierta, y practicada en los Tribunales, Addent. ad Molin. ibi Sessè *decis. 412.* Castillo *lib. 2. cap. 4. à num. 47.*

52 En este caso procede lo referido con evidencia, porque las palabras relativas del codicilo, *con las condiciones expressadas en dicho testamento*, no comprehenden en su natural significado los llamamientos de hijos segundos, porque estos no son, ni se pueden dezir condiciones, y solo se entienden tales, y llaman con este nombre, los gravamenes de apellido, y Armas, y prohibiciones de enagenacion, Molina *de Hispan. primogen. lib. 1. cap. 12. num. 41. & cap. 14. à num. 7. & passim in dictis capitibus.* Y no se deben impropriar las palabras para inducir repeticion, antes bien se excluye, quando la propriedad dellas no la significa, y contiene, *leg. Non aliter, de legat. 3. leg. Et qui data, ff. ex quib. caus. maiores*, Oldrad. *cons. 152.* Peregrin. *de fideicommis. art. 16. num. 42.* Y mucho mas en las disposiciones, que se deben entender à la letra, como los testamentos en Valencia, segun los Fueros, que quedan referidos, de que solo se puede admitir interpretacion Gramatical, Beroio *cons. 120. lib. 2. num. 9.* Menoch. *cons. 215. num. 18.* & cum Rebuffo Mieres *de maiorat. in initio 2. part. num. 197.*

53 Tambien se ha opuesto en contrario, que la secundoge-

genitura, ò incompatibilidad prevenida en los primeros llamamientos, y herederos instituidos, se debe entender dispuesta en las substituciones; porque *ex tacitâ mente testatoris*, se entiende repetida en el substituto la condicion puesta al heredero instituido, *ex leg. Iulius, 81. & leg. Cum servus, 82. ff. de condit. & demonstr.* D. Hieronym. Leon *dict. decis. 93. num. 25.* & Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 25.* Pero mirada esta question en los Doctores que la tratan ex professo, como son Menoch. *lib. 4. præsumpt.* 178. y Peregrin. *de fideicommis. artic. 16.* Castillo *lib. 2. cap. 4.* y los muchos que estos refieren, no se acomoda su resolucion al caso presente, porque hazen distincion de las condiciones casuales, y potestativas, y hazen separacion de diferentes casos, de q̃ ninguno conduce à la especie de este pleyto, como se puede vèr en ellos: pero aun en aquel caso, la regla es, que la condicion puesta al heredero, no se entiende repetida al substituto, *ex leg. Sub conditione, 73. ff. de hæred. instit.* Anton. Gomez *lib. 1. variar. cap. 12. num. 12.* Cancer. *lib. 3. cap. 20. num. 132.* Y en caso de quererla inducir por algunas circunstancias que la denoten, se excluye en los casos que quedan referidos, como se advierte en la referida *decis. 93.* de Don Geronimo de Leon, *num. 25.* que aviendo puesto la conclusion de la repeticion en el substituto, de la condicion puesta al heredero, defiende, y afirma lo contrario *à numer. 26.* en los casos arriba expressados; como tambien Molina *lib. 1. cap. 6. num. 24.* solo admitiò la repeticion en los substitutos de aquello, que conduxesse à la perpetuidad, y conservacion del Mayorazgo, no de lo odioso, y extravagante.

54 Pero estrechandonos al punto, nunca se puede acomodar este argumento al hecho del pleyto; porque lo que la otra parte quiere intentar, es, que el llamamiento hecho à Doña Geronima Solèr, hermana del Testador, y despues de su muerte, à su hijo, ò hija segundos, se repita en los descendientes de su hijo, ò hija vnicos, como substituidos à los anteriores: y para hazer esta oposicion, debia hazer demonstracion, que Doña Geronima Solèr, hermana del Testador, fue heredera instituida por el Testador; y recurriendo à su testamento, no se hallarà tal circunstancia; y lo que dèl consta es, que dexò por su vsufructuaria à Doña Geronima Vich su muger, por

 los

los dias de su vida; y por su muerte, à dicha Doña Geronima Solèr; y por su heredero, al hijo, ò hija segundos desta. Demanera, que el heredero del Testador fue el hijo segundo de dicha Doña Geronima; ò lo mas que se puede dezir es, que lo huviesse sido Doña Geronima Vich, primera llamada en el vsufructo de todos los bienes; si bien esto solo procede quando la huviesse instituido heredera en el vsufructo, *vt cum pluribus affirmat* Salgad. *in labyr. credit.* 1. *part. cap.* 2. §. *vnic. à num.* 11. y aun en este caso se determinò lo contrario, apud Franc. Stephan. *decis.* 51. en que se declarò solo por legataria à la muger, à quien se instituyò por heredera en el vsufructo de todos los bienes; pero no dexandosele con el titulo de heredera, como en nuestro caso, siempre se entiende legataria, como lo advierte Salgad. *supr. n.* 9. 10. & 11. y solo son herederos los instituidos; y assi el heredero instituido, solo es el hijo, ò hija segunda de su hermana; y en caso que huviesse duda sobre el titulo de heredero, la podrà aver solamente entre Doña Geronima Vich, y el hijo, ò hija segundos de Doña Geronima Solèr, sin que esta por medio alguno se pueda considerar heredera, y lo mas que podrà tener es, vna substitucion fideicommissaria à su favor, *vt deducitur* ex Salgad. *vbi supr. num.* 13.

55 No siendo, pues, dicha Doña Geronima Solèr heredera, y siendolo solamente Doña Geronima Vich, ò el hijo, ò hija segunda de la hermana, se convierte esta disputa contra las otras partes; porque assentando que las calidades de la institucion se repiten en la substitucion, si se viesse que en los herederos instituidos no se previene irregularidad alguna, serà preciso confessar, que tampoco la ay en este llamamiento del hijo, ò hija vnico. Que no aya alguna irregularidad en los herederos instituidos, se manifiesta en los mismos llamamientos; porque llamò à Doña Geronima Vich, por los dias de su vida, en el vsufructo, y por su muerte substituyò à su hermana Doña Geronima Solèr; en cuyo llamamiento bien se conoce que no ay la calidad irregular de secundogenitura, ò incompatibilidad. Ni tampoco se vè en el del hijo, ò hija segundo de Doña Geronima su hermana heredero instituido, porque le llama à la sucession de los bienes, y Vinculo referido, y por su muerte, à su hijo mayor varon, y sus descendientes, siendo, como es en ellos

el

el Mayorazgo de primogenitura sin duda alguna: luego avrà de proseguir con esta misma calidad en el hijo, ò hija vnica de su hermana, y sus descendientes substituidos à los antecedentes.

56 Asseguráse esta verdad con dos consideraciones: La primera, que el hijo, ò hija vnica estàn substituidos à los hijos segundos, terceros, ò quartos, anteriormente llamados de Doña Geronima su hermana, que son los llamamientos que hizo en el testamento; y despues dellos, à sus hijos primogenitos, y sus descendientes: y asi quando llegò à llamar en el codicilo al hijo, ò hija segunda, *con las condiciones expressadas en dicho testamento*, fue lo mismo, que dezir, que por su muerte sucediesse su hijo mayor, ò primogenito, que es lo mismo que avia dispuesto en los llamamientos del segundo, tercero, y quarto, y los demàs. La segunda, porque al hijo, ò hija vnica, que llamò, fue en lugar del segundo, tercero, y quarto, que avia llamado en el testamento, por aver considerado, ò que estos avian faltado, ò que por no tenerlos, solo avia el hijo, ò hija vnica, à quien subrogò en lugar de sus hermanos, y en el subrogado se repite la calidad, y llamamiento hecho à aquel à quien se subrogò, cum Decio Mantica, & alijs Peregrin. *dict. art. 16. numer.* 39. Con que si los antecedentes estan llamados llanamente, y despues sus hijos primogenitos, es preciso confessar lo mismo en los del hijo, ò hija vnica.

57 Sin embargo de no ser à favor de Doña Mariana la oposicion que se ha hecho, antes si vno de los fundamentos de Don Francisco, ha insistido en sus pedimentos en el mismo argumento, aunque con otra forma de explicacion, dando à entender, que se debe observar la forma, y orden de sucesion en el vltimo llamamiento del hijo, ò hija vnica, que se diò en los primeros, *ex leg. Qui liberis, §. vltim. ff. de liber. & posthum.* Curt. Senior. *cons.* 51. *à num.* 11. Castill. *lib. 2. cap.4. num.* 14. Y como en los llamamientos anteriores està incluso el del hijo, ò hija segunda de Doña Geronima, se quiere que suceda lo mismo en el vltimo.

58 Respondese lo mismo que està dicho, ya porque el primero llamamiento, que era el que avia de dàr regla, no es irregular, y de secundogenitura; como tambien porque aunque las instituciones, y substituciones se entiendan, ò goviernen

de

de vna forma en quanto à la substancia; no en quanto à las calidades extrinsecas, y mas siendo irregulares, *vt docuit* Decius *cons. 599. per tot. & maximè num. 6. vers. Vltimo non obstat*, Castill. *dict. cap. 4. num.* 106. Valençuel. *cons. 97. à numer. 74.* D. Joseph Vela *disert. 49. num. 107. &* 108. Y tambien porque la irregularidad de vn llamamiento no influye para otro separado, si no ay manifiesta voluntad; Cyriaco *controu.* 281. *num.* 78. Menoch. *cons.* 200. Surdo *cons.* 403. *num.* 18. Castill. *à num. 47. & lib. 5. cap. 89. à num. 1. & cap. 92. à num. 22. & cap. 117. à num.* 30. Y finalmente, porque, como queda dicho *supr. num.* 46. no aviendo prevenido la calidad de secundogenitura en los descendientes del primogenito, no la quiso el Fundador; y contra esta voluntad expressa, ò presumpta, no puede inducirse semejante repeticion, vt benè Castill. *dict. cap. 4. num.* 101. & 102. Con que parece queda cõvencido por todos lados, que la linea primogenita està muy apartada de incluir en si la calidad irregular de secundogenitura, que en otras lineas se dispuso.

59 La segunda disputa deste pleyto es, si la calidad irregular de secundogenitura, ò incompatibilidad, se debe repetir, ò suscitar en los descendientes del hijo primogenito, aviendose vnido con efecto en este ambos Mayorazgos, y sucedido en ellos, como se ha visto executado en el caso deste pleyto, en que Doña Concordia Dominguez de Zanoguera, posseedora del Vinculo de Zanoguera, como hija vnica de Doña Ana de Zanoguera Solèr, obtuvo declaracion à su favor del Tribunal de la Governacion de Orihuela, sobre la sucession del Vinculo de Andrès Solèr, y le posseyò todos los dias de su vida, juntamente con el de Zanoguera; en cuyos descendientes no se debe repetir, ni suscitar esta irregularidad, no solo por los fundamentos arriba referidos, sino tambien porque ya con efecto sucediò el primogenito en este Vinculo: cuya circunstancia imposibilita, en nuestro corto dictamen, que se suscite la secundogenitura, ò incompatibilidad, porque con la sucession del primogenito se extinguiò, y apurò la calidad de secundogenitura, ù de incompatibilidad del Mayorazgo, pues esta era repugnante, è imposible, posseyendole el primogenito; y assi bolviò por este hecho à tomar su calidad regular de primogenitura, porque

res

res de facili revertitur ad suam naturam; leg. Si vnus, 27. §. Pactus ne peteret, vers. Quod in specie dotis, ff. de pact. Ruino *cons. 108. num. 26. lib. 2.* Menoch. *de adipiscend. remed. 4. num. 40.*

60 De que nace, que si el primogenito no huviesse llegado à suceder en ambos Mayorazgos, ni se han vnido con efecto en èl, podria tener alguna probabilidad, que su hijo segundo sucediesse en competencia del primogenito, aunque ambos desciendan de la linea primogenita: porque como el Mayorazgo incompatible, ù de secundogenitura, retenga la naturaleza de tal, y no la aya perdido por medio alguno, y al tiempo que vacò su sucesion por muerte del hijo segundo, tercero, ò los demàs, en quienes se conservava la linea secundogenita, halla en la primogenita secundogenito, y otros vlteriores, en quienes conservar, y retener la naturaleza, y calidad irregular; puede con probable fundamento el hijo segundo excluir al primogenito, pues en tal caso solo se trata de que prosiga la sucesion con su calidad, y naturaleza irregular, que no ha perdido, y halla para ello personas, y lineas à proposito, como son, el segundo, tercero, y demàs hermanos del primogenito, que la puedan conservar: y esto es lo mas à que podemos extender las autoridades de Castillo, y Roxas. Pero si al tiempo de la vacante no tenia el primogenito hermanos, y fue preciso que èl sucediesse en el Vinculo irregular de secundogenitura, ò incompatibilidad, entonces ya se extinguiò, y rompiò con semejante sucession aquella irregularidad, y seria de grande estrañeza, y aun imposible, querer resucitar aquella calidad ya muerta en los hijos del primogenito, que ya sucediò, sin que aya vna voluntad clara, y expressa del Fundador.

61 Veemoslo calificado en los demàs Mayorazgos irregulares, como son los de agnacion, ò masculinidad, en que estàn excluidas las hembras; los quales se hazen regulares, y buelven à su propria naturaleza, si por falta de varones, en algun caso huviesse llegado à suceder hembra, Roxas *de incompatibil. 3. part. cap. 4. num. 19. & à num. 7. vbi eius Addit.* D. Joseph Vela *disert. 49. num. 14. 69. & 71. & à num. 103.* Castill. *lib. 5. cap. 91. num. 84. & cap. 92. num. 1. & cap. 143. §. vnic. num. 5. 12. & 13.* Y entonces, aunque la hembra

bra que ſucediò, ù otra, dexaſſe deſcendientes varones, no ſe buelve à repetir en ellos la calidad de agnacion, ù de maſculinidad, Mieres 2. *part. de maiorat. quæſt.* 6. *à num.* 149. Olea *tit.* 3. *quæſt.* 4. *num.* 19. *& in addit. nouiſ. num.* 2, Lara *de vita homin. cap.* 30. *num.* 117. porque como con la ſuceſſion de la hembra perdiò, y ſe extinguiò eſta naturaleza, y tomò la de Mayorazgo regular, antes proſigue ſiempre, y ſe defiere la ſuceſsion como tal; y ſolo ſe limita eſta regla en caſo que aya voluntad del Fundador expreſſa para que ſe ſuſcite en los deſcendientes de las hembras la calidad irregular de agnacion, ò maſculinidad, Roxas *dict. cap.* 4. *num.* 16. *& ſeqq. vbi etiam eius Addit.* Cæſar Barcius *deciſ.* 4. *num.* 44. Vela *dict. diſert.* 49. *à num.* 105.

62 Y aunque ſe dixeſſe, que rota vna vez la agnacion, no ſon los varones cognados deſcendientes de hembra à propoſito para conſervarla, y por eſſo debe proſeguir el Mayorazgo como regular, ſi no ay voluntad contraria; ſe reſpõde de dos modos: Lo primero, con que lo miſmo ſucede en nueſtro caſo, porque ſiendo el Mayorazgo de ſecundogenitura, ò incompatible, ſe aparta por ſu naturaleza de la linea primogenita, y ſe defiere al ſegundo, y los demàs, Roxas 1. *part. de incompatibil. cap.* 8. & latiſsimè eius Additionator. Y ſe conſideran los deſcendientes del primogenito como incapaces, è inaptos à la cõſervaciõ de la ſecundogenitura, Larrea *deciſ.* 51. *cum pluribus ibi adductis*; y aſsi ſe neceſsita de vna voluntad clara, y expreſſa, para que eſtos puedan ſuceder, y ſe repita en ellos ſemejante calidad.

63 Lo ſegundo, porque dicha conſideracion no es el motivo de no ſuſcitar la irregularidad, ſino la falta de voluntad expreſſa; lo qual ſe manifieſta en el Mayorazgo de maſculinidad, cuyos ſucceſſores ſon los varones cognados deſcendientes de hembra, y aunq̃ eſta huvieſſe ſucedido, eran los ſuyos habiles, y à propoſito para ſuſcitar en ellos la calidad de maſculinidad; y ſin embargo queda el Mayorazgo *in perpetuum* regular, ſin que ſe le puedan quitar à la hembra, que ya ſucediò en èl, ni à ſus deſcendientes, ex Mieres *de maioratib. dict.* 2. *part. quæſt.* 6. *à num.* 149. & Olea *de ceſ. iur. tit.* 3. *quæſt.* 4. *num.* 19. *& in Addit. nouiſsim. num.* 2. Luego es porque con la ſuceſ-

ſion

sion de la hembra se extinguiò semejante irregularidad, y para suscitarla se necessita de la expressa voluntad del Fundador, que es solo la poderosa à instituir, y suscitar tales irregularidades, Lara *de vita homin. cap.* 30. *num.* 117. *& alij suprà adducti.*

64 Veamos, pues, si en nuestro caso ay voluntad de Andrès Solèr para suscitar la calidad de secundogenitura, ù de incompatibilidad, rota, ò muerta con la sucession del primogenito: Y bolviendo los ojos à las clausulas, no solo no ay tal voluntad expressa, sino la contraria; porque, como queda dicho antecedentemente, considerò que podia acontecer, que no huviesse hijo, ò hija segunda de su hermana, sino vno solo, y mãdò, que en tal caso aquel sucediesse, sin expressar que en sus descendientes se dividiessen los Mayorazgos: en lo qual no solo no se descubre voluntad de suscitar la secundogenitura, sino animo expresso de excluirla, como se notò *sup. à num.* 44. *&* 48.

65 De todo lo referido, y discurrido hasta aqui se infieren las conclusiones siguientes: La primera, que la calidad de secundogenitura, como tan irregular, no se debe extender à otras lineas, que las expressadas por el Fundador; y por lo menos, que de ninguna manera se ha de repetir en los descendientes de la linea primogenita, no estando prevenido expressamente en la fundacion. La segunda, que esto es mas impracticable, y aun impossible, aviendo sucedido el primogenito, con cuya sucession perdiò el Mayorazgo aquella calidad, y tomò la regular de primogenitura; porque para suscitarla, se necessitava de vna voluntad manifiesta, y expressa. La tercera, que para este pleyto, no solo no ay tal voluntad, pero aun se descubre la contraria; y en este caso no ay Autor alguno, que contra la presumpta voluntad del Fundador se atreva à extender la calidad de secundogenitura; antes bien Castillo, y Roxas, que lo juntan todo, se fundan en la voluntad clara, ò conjeturada, para extenderla à casos no prevenidos: si bien, como queda dicho *num.* 48. no hablan en el deste pleyto. Con lo qual parece, que por todos medios queda calificado, que con la sucession de Doña Concordia cessò totalmente la calidad de secundogenitura del Vinculo de Andrès Solèr.

66 Y desvanecida esta dificultad, queda llano el derecho

de

de Don Franciſco, con la excluſion de los otros competidores. Lo primero, porque à la ſuceſsion ſe entra por el llamamiento del Fundador, *leg. 1. Cod. quorum bonorum, leg. Omnia, 32. §. In fideicommiſſo, ff. de legat. 2.* Y en el caſo preſente le tiene claro, porque en falta de los hijos, ò hijas ſegundas de ſu hermana Doña Geronima, llama al hijo vnico, ò hija vnica, que tuvieſſe, que viene à ſer el primogenito, ò primogenita; en cuyo llamamiento eſtàn comprehendidos todos los primogenitos de la Familia, como ſe notò *ſupr. num. 45.* con el lugar de Cevallos *quæſt. 828. num. 68. verſ. Præterea*, ibi: *Præterea eſt vocatus in clauſula, ſi tamen vnum filium maſculum habuerit, cum ipſe ſit etiam maſculus*; que es en terminos para Mayorazgos incompatibles, y de ſecundogenitura. Demàs, que como la ſuceſsion de los Mayorazgos es perpetua, el llamamiento que ſe haze del primogenito, es comprehenſivo de todos los que huvieſſe en la Familia, vno en pos de otro; porque de otra manera, ſe acabàra la ſuceſsion de los Mayorazgos con la de algun primogenito, *vt ex relatis ſupr. num. 45. & vltra eos* Craveta *conſ. 98. num. 7.* Molina *lib. 1. cap. 5. numer. 21.* Seſsè *deciſ. 362. num. 63.* Fuſar. *de ſubſtit. quæſt. 320. num. 30.* Peregrin. *de fideicommiſ. art. 22. num. 51.* Caſtillo *lib. 5. cap. 93. §. 1. num.* Ancharran. *conſ. 27.* Decio *conſ. 321.* Ruſticis *lib. 6. in leg. Cum avus, cap. 12. num. 24.* Dom. Creſpi *obſeru. 22. num. 147.*

67 Lo ſegundo, porque, como queda largamente referido arriba, fue eſte Mayorazgo de ſecundogenitura, ò incompatible ſolamente en los hijos ſegundos de Doña Geronima, hermana del Fundador; y aviendoſe extinguido eſta calidad, y ſucedido el primogenito, bolviò eſte Mayorazgo, y tomò la naturaleza regular de primogenitura, *quia res de facili revertitur ad ſuam naturam, vt ſupr. num. 59.*

68 Lo tercero, porque Don Franciſco tiene, y ocupa la linea primogenita, y eſtà comprehendido en el llamamiento que ſe hizo à falta de los hijos ſegundos; porque aviendoſe llamado al hijo, ò hija vnico de Doña Geronima ſu hermana, ſe comprehendiò la nieta, que fue Doña Concordia, Molin. *lib. 1. cap. 6. num. 28.* Caſtill. *tom. 6. cap. 132. num. 3.* de quien fue la hija mayor Doña Ana Maria de los Cobos, que como pri-

primogenita sucediò legitimamente en competencia de su hermana Doña Mariana; y por muerte de aquella debe Don Francisco precisamente suceder, como hijo varon vnico, en competencia de su tia, y hermana.

69 De lo referido se infiere la exclusion de ambas, porque en esta materia, *inclusio vnius, est exclusio alterius*; y para competirle à Don Francisco, deben manifestar vn llamamiento claro, y expresso del Fundador; y el en que se fundan, de aver llamado al hijo, ò hija segunda de Doña Geronima Solèr su hermana, se extinguiò en Doña Geronima Zanoguera, quien no dexò descendientes algunos; y los que oy litigan, y controvierten esta sucesion, no descienden de Doña Geronima Zanoguera, que formò la linea secundogenita, sino de Doña Ana Zanoguera, que tuvo la primogenita: y assi se les puede dezir à las susodichas con mucha razon: *De te non loquitur substitutio*, y que no tienen llamamiento para suceder, Oldrad. *cons.* 21: *thema tale est*, Craveta *cons.* 161. *num.* 16.

70 Y lo que se ha opuesto por Doña Maria de los Cobos, hermana de Don Francisco, que por muerte de dicha Doña Geronima Zanoguera no debiò suceder Doña Concordia, sino Don Juan de los Cobos su hijo, que estava ya nacido al tiempo de la muerte de la susodicha; se responde, lo primero, con que este discurso es contra lo literal de la fundacion, pues en caso de faltar el hijo, ò hija segundos, y los posteriores hijos de Doña Geronima Solèr, hermana del Fundador, llama à la sucesion al hijo, ò hija vnicos, posseedores del Mayorazgo de Zanoguera, y no al hijo, ò hijos, que este, ò esta tuviessen. Con que si al tiempo de la muerte de Doña Geronima vivia Doña Concordia, y posseìa el Mayorazgo de Zanoguera, en que, como hija vnica de su madre, avia sucedido, se hallava con literal llamamiento para suceder en el Mayorazgo de Andrès Solèr, sin que le pudiesse competir la sucesion su hijo, quien no tenia llamamiento.

71 *Lo segundo, porque en Valencia* no procede la translacion de la possession del Vinculo, sin acto de aprehension, como en Castilla, *ex leg.* 45. *Tauri*, sino es en caso que se aya he-

cho la fundacion en cõtrato, segun el *Fuero 6. de donat.* como nota D. Crespi *observat. 14. num.* 308. y este Mayorazgo fue fundado en testamento. Demàs, que reconociendo Doña Concordia ser la legitima sucessora, hizo autos sobre la possession, y obtuvo declaracion en su favor del Tribunal de la Governacion de Orihuela, en cuya virtud entrò en la actual possession de dicho Vinculo; con que no se puede dudar que posseyò legitimamente, *ex leg. Iuste possidet, qui authore Pratore possidet, ff. de acquirend. possess.* y lo advierte *in specie* dict. Dom. Crespi *dict. num.* 308.

72 Lo tercero, porque si la dicha Doña Maria intenta que por la incompatibilidad con el Mayorazgo de Zanoguera, no debia suceder su abuela, tampoco podia suceder dicho Don Juan de los Cobos su hijo, que como primogenito, era inmediato sucessor, y tenia por esta causa la misma prohibicion de suceder, *ex traditis* à Castillo, Roxas, & Larrea *adductis num.* 24. Y assi, por ningun medio se le pudo, ni debiò deferir la sucession, sino à dicha Doña Concordia, que legitimamente la tuvo.

73 Como Don Francisco es primogenito, y su madre lo fue tambien de Doña Concordia, que posseyò ambos Mayorazgos, no necessita de tanta claridad, y evidencia de la exclusion de su hermana, y tia; antes bien estas, ya por el sexo, como tambien por ser de inferiores lineas, necessitavan de manifestar, y hazer patente su derecho, sin alguna duda, ni controversia para vencer; lo qual no parece que se podrà fundar; y lo mas que les podriamos conceder, era, que esta materia, como conjetural, es dudosa, y en caso de duda vence el varon de la linea primogenita, como lo advirtiò en las hembras de mejor linea, en competencia de los varones mas remotos, Molina *lib. 3. cap. 4. num.* 37. ibi: *Ex quibus etiam infertur, quod ex triplici statu, in quo lites, quæ super exclusione, vel admissione fœminarum versantur, esse possunt: videlicet, quod lis sit clara ex parte masculi remotioris gradus, vel ex parte fœminæ, vel dubia; masculus solum in primo casu poterit obtinere: fœmina vero in duobus casibus sequentibus necessario masculo remotioris gradus præferenda erit: cum*

iure

iure communi eius intentio fundata sit. Castillo *lib. 5. cap. 160. num. 6. in fin. & cap. 180. num. 17.* Valenç. *cons. 97. num. 71.* D. Joseph Vela *disert. 49. num. 52.*

Por cuyos motivos espera obtener sentencia deste Supremo Senado, en que se declare la sucession de dicho Vinculo à su favor, sin necessitar de la eleccion. Assi lo espera, &c.

Lic. D. Alfonso Castellanos y la Torre.